

Norbert HOERSTER, *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie*,
C. H. Beck, München, 2006, 159 pp.

LUIS LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras Clave: teoría de la coacción, teoría de la norma, teoría pura del derecho, positivismo jurídico, validez jurídica
Keywords: theory of coercion, theory of norm, pure theory of law, law's positivism, law's validity

Señala Antonio-Enrique Pérez Luño que quizá sea posible distinguir entre dos tipos diferentes de manual: los manuales-proyecto y los manuales-balance. Aquéllos se corresponderían con las obras primerizas de un autor, con esos libros genéricos que abarcan las cuestiones fundamentales de una materia y que, pese a su talante divulgativo o didáctico, se conciben con la pretensión de avanzar nuevas orientaciones y propuestas, nuevos modos de encarar la problemática en cuestión. Los manuales-balance, por el contrario, se situarían en el culmen de una carrera didáctica e investigadora, con el inevitable beneficio de una dilatada experiencia y con el consiguiente proceso de depuración, de síntesis y concentración de los distintos temas y cuestiones abordadas. Ambos pretenden ser omnicomprendivos, pues la naturaleza de la literatura manualística se basa en intentar ofrecer un panorama completo de los diferentes asuntos que se adscriben a una determinada materia, pero los acentos y estilos difieren en uno y otro caso. El manual-proyecto tendrá cierto tono innovador e iniciático, cierto enfoque programático en cuanto a los temas discutidos y, por lo tanto, una vocación de ensayo y desarrollo. En el manual-balance, sin embargo, el esfuerzo de síntesis primará sobre la pretensión de un análisis exhaustivo, a la vez que el despliegue ilimitado de problemas se verá sustituido por una mayor tendencia a la concentración de las cuestiones esenciales¹.

¹ A-E. PÉREZ LUÑO (et. al.), *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 15-16.



Esta dicotomía, con los debidos matices y con la previa asunción del riesgo que toda clasificación conlleva, puede aplicarse a la obra que en esta recensión nos ocupa. *¿Qué es el Derecho? Preguntas fundamentales de la filosofía jurídica* es el título de esta reciente publicación del profesor Norbert Hoerster, que nos pretende brindar una especie de pequeño ensayo introductorio a la reflexión iusfilosófica. No se trata de un manual en sentido estricto, pues carece de la pretensión exhaustiva y sistemática que suele ser esencial a dicho tipo de trabajos, pero se acerca a dicho género en su vocación divulgativa y en el intento de ofrecer un compendio de los problemas que afectan a la materia, en este caso la filosofía del Derecho. Es en este sentido en el que, como decíamos, se puede recurrir a la categorización antes explicada. Adoptando dicho esquema, esta obrita debería situarse en el apartado de los trabajos-balance, pues en buena medida trata de plasmar muchas de las cuestiones sobre las que el autor ha venido escribiendo a lo largo de los años, tarea en la que se afana con un tono ciertamente sintético y recapitulativo. Por otra parte, toda la obra destila una cierta sensación de balance, de evaluación y definición de posturas sostenidas con anterioridad, pero reunidas ahora bajo un título común y con cierta pretensión de compendio.

También, bien es cierto, se abordan otras cuestiones que atañen al marco general de la filosofía jurídica y que no habían sido tratadas con especial hincapié en sus trabajos anteriores. Así, junto al tema del positivismo jurídico o al de las exigencias éticas del Derecho, temas ya clásicos en su bibliografía, se tratan en esta obra algunos aspectos relacionados con la validez o la eficacia de las normas, con la interpretación jurídica o con la justificación del *ius puniendi* del Estado. Pero, antes de seguir adelante, quizá convenga explicitar los temas en que se estructura esta publicación.

El libro se abre con un capítulo sobre el carácter coactivo del Derecho, donde se analiza el fenómeno jurídico a partir de una concepción fuertemente asentada en el poder y la sanción como sus principales elementos definitorios. A continuación se siguen cuatro capítulos dedicados a analizar la estructura normativa del Derecho, donde se trata de explicar su naturaleza a través de los conceptos de norma y ordenamiento. Tan sólo después de pertracharse con estos elementos, es cuando Hoerster se embarca en la controvertida cuestión sobre el positivismo jurídico –que le ha enfrentado con buena parte de la doctrina iusfilosófica y constitucionalista alemana– y con las relaciones entre Derecho y moral. La ligazón entre el Derecho y la moral es tratada, en primer lugar, en el sentido de si la moral puede ser necesaria pa-



ra delimitar un concepto de lo jurídico, cuestión a la que responde negativamente y en la que resuenan los ecos de su pública y encendida discusión con Robert Alexy. En segundo lugar, no obstante, sí se tratan de establecer los puentes entre ambas dimensiones normativas, si bien sólo en el sentido de que el Derecho incorpora o debe intentar incorporar requerimientos éticos, convertidos así en un basamento moral de las normas jurídicas que, tan sólo podrán funcionar como acicate para una obediencia más espontánea y eficaz del mismo. Los últimos capítulos, en fin, se dedican a explicar y discutir tres importantes temas relacionados con la filosofía jurídica, pero pierden un tanto el hilo conductor y la trabazón sistemática que había presidido la ordenación de los anteriores epígrafes. Se tratan así, en primer lugar, el fundamento filosófico de la sanción penal, las bases para la obediencia al Derecho y, por último, la aplicación del Derecho al caso individual. Como colofón de esta pequeña obra, el autor nos ofrece un anexo que quizá sea un tanto extemporáneo, donde se plantea una crítica pormenorizada de la *Teoría pura del Derecho* kelseniana.

Hecho este repaso apresurado sobre las partes que integran esta obra, ¿qué puntos fuertes y qué puntos débiles podríamos destacar en ella? A mi modo de ver, en primer lugar, debe agradecerse la toma de posición clara en cuanto a la definición del Derecho a través del concepto de poder. Podría decirse que Hoerster edifica toda su filosofía jurídica sobre la base de dos pilares: el concepto de coacción y el concepto de norma. A partir de ambos prismas, que a su vez trata de interrelacionar, elabora y expone las nociones de validez, de eficacia, de constitución y de muchas otras abordadas en el libro. Y este enfoque, en un período en el que parecen abundar las tendencias que abogan por una concepción del Derecho apegada a la moral, por el acento en los principios generales del Derecho y en los valores o por la tematización del juez como único protagonista de la reflexión iusfilosófica, resulta bastante vivificador. Gracias a semejante orientación, el autor parece reubicar el acento en el legislador y no tanto en el juez, además de propender a una visión realista del Derecho, que no se deja embelesar por la “moralización” de la teoría jurídica propiciada por determinadas corrientes neoconstitucionalistas de última generación. No es que deba prescindirse de la moral legalizada como un elemento importante en la definición y comprensión de la problemática suscitada en los modernos Estados constitucionales, pero la consideración de esta nueva realidad no debería conducir al abandono de la reflexión sobre el poder y sus múltiples formas de filtrarse

en el ámbito de lo jurídico. Creo que el punto de vista de Hoerster puede y debe comprenderse en este sentido.

Otro elemento que debería merecer una valoración positiva, a mi juicio, es el modo en que el autor trata el problema de las exigencias y los fundamentos éticos del Derecho. Desde una actitud científicamente rigurosa y un estilo austero en la forma expositiva, Hoerster afronta algunas de las cuestiones relacionadas con la metaética y con el modo en que la moral puede relacionarse con el Derecho. Su punto de vista radicalmente enfrentado con las teorías iusnaturalistas y con las orientaciones metafísicas que aún siguen dándose en determinadas corrientes de la filosofía moral, es en líneas generales muy digno de aprecio –sin estar exento de algunas críticas, no obstante, por ciertas simplificaciones que quizá puedan achacarse a la naturaleza breve y didáctica del libro–. El título del último trabajo del filósofo alemán Ernst Tugendhat, *Antropología en vez de metafísica*, pese a no estar en conexión directa con los planteamientos que Hoerster defiende aquí, bien podría servir como resumen de sus posiciones en este ámbito². Pues frente a la crisis de todas las fundamentaciones trascendentes del Derecho, con independencia de cuál sea su punto de apoyo, a lo que Hoerster nos llama es a un ejercicio de sobriedad y honestidad intelectual, así como al intento de encontrar basamentos que basculen sobre la necesidad de seguridad jurídica, sobre la noción de interés y sobre la esencial vulnerabilidad del ser humano. Es decir, sobre una concepción esencialmente antropología del Derecho.

Frente a esta primera valoración positiva, no obstante, existe un elemento que quizá deba criticarse en este libro. Me refiero a la ausencia de un planteamiento histórico sobre algunos de los problemas que se abordan a lo largo del mismo. La misma consideración del asunto de la coacción, que tan presente está en todas sus páginas, podría haber sido muy reforzada a través de la contemplación de algunos clásicos radicalmente ausentes en la obra. El autor cita con frecuencia las obras de Kelsen y Hart, sobre las que construye todos sus puntos de vista, pero olvida que problemas como el de la coacción fueron tratados, probablemente con mucha mayor dedicación y exhaustividad, en la filosofía jurídica decimonónica, en particular de la ma-

² Vid. E. TUGENDHAT, *Anthropologie statt Metaphysik*, C. H. Beck, München, 2007, especialmente pp. 13-56 y 136-158. Hay trad. española: *Antropología en vez de metafísica*, Gedisa, Barcelona, 2008. En una especie de sintonía tácita con el filósofo del Derecho que nos ocupa, Tugendhat reflexiona desde enfoques paralelos y, abanderando un estilo igualmente sobrio, nos deja también un interesante ensayo sobre el problema de la honestidad intelectual.



no de John Austin y de Rudolph von Jhering. La contextualización de éste y otros temas en escenarios históricos señalados, además, quizá podría conducir a un mayor logro didáctico y divulgativo, pues facilita enormemente la comprensión cabal de numerosos problemas. En esta misma línea, por ejemplo, resulta criticable la inclusión de un capítulo dedicado al positivismo jurídico, sin que exista otro donde se analicen algunos de los presupuestos de la teoría iusnaturalista. Bien es cierto que se alude a ella en algunas ocasiones, pues sería imposible adentrarse de otro modo en ciertos temas, pero no existe un tratamiento unitario y ordenado de la misma.

En segundo lugar, y siguiendo con la caracterización de las debilidades que pueden achacarse a la obra reseñada, parece bastante criticable el anexo final donde Hoerster polemiza con la teoría pura kelseniana. Se trata de una inclusión, como ya antes se avanzaba, quizá un tanto extemporánea, puesto que violenta la naturaleza didáctica y aproximativa del libro y, además, no ofrece elementos críticos a Kelsen que no hayan sido recalcados hasta la saciedad en numerosos foros. La pretensión quimérica de construir una teoría estrictamente “pura” del Derecho, la deficiente reflexión sobre la existencia de normas de competencia (*Ermächtigungsnormen*) no plenamente asimilables en la categoría de las normas imperativas (*Gebotsnormen*), el excesivo énfasis en la distinción entre ser y deber ser (*Sein und Sollen*), o la contradicción entre el ideal de pureza y la importancia otorgada a la eficacia del Derecho, son algunos de los elementos que va desgranando Hoerster en este anexo. Sin entrar ahora a discutir la validez de sus argumentos, ni la pertinencia abstracta de sus críticas, lo cierto es que parecen temas ya bastante manidos como para ensañarse tanto en este lugar. Porque es de notar, en efecto, que también a lo largo del libro se producen numerosos ataques hacia la concepción del Derecho del jurista austriaco, sin reconocer a la vez todos aquellos rasgos de su teoría de los que el propio Hoerster se beneficia.

Una vez realizado este primer balance sobre la obra, podría ser interesante centrarse en dos aspectos concretos que quizá sean susceptibles de despertar polémica en el potencial lector. El primero de ellos se refiere a la tesis que Hoerster sostiene en torno al positivismo jurídico y a sus críticos. El tema ya había sido tratado en su trabajo *En defensa del positivismo jurídico*, del que en esta obra se ofrecen sólo unos lineamientos fundamentales. Pero no está de más abundar en ello. El objetivo de Hoerster es defender una concepción iuspositivista del Derecho, frente al importante contingente de detractores que han llegado a crear un generalizado ambiente hostil hacia dicha corriente



en el país germano. Como él mismo señalaba en la introducción de la obra citada, “desde hace por lo menos cincuenta años en la filosofía jurídica alemana es casi de buen tono rechazar y hasta condenar el positivismo jurídico”³. Su tesis central es que la mayoría de las críticas que habitualmente se vierten sobre el mismo, se basan en una incomprensión de los postulados que en realidad representan los autores iuspositivistas, es decir, en una falsa adscripción de posiciones teóricas a dichos autores. Estas ideas que, según Hoerster, son generalmente atribuidas al positivismo, pueden resumirse en cinco tesis: la tesis de la neutralidad, que afirma que el concepto de Derecho debe elaborarse con independencia de su contenido justo o injusto; la tesis de la ley, según la cual el Derecho debe definirse a través del concepto de ley; la tesis de la subsunción, que concibe la aplicación del Derecho como un ejercicio carente de consideraciones valorativas por parte del juez; la tesis del subjetivismo, que sostiene que los criterios del Derecho correcto sólo pueden ser de naturaleza subjetiva; y la tesis de la obediencia, según la cual las normas jurídicas deben obedecerse en cualquier circunstancia⁴.

Y aquí es donde llega el nudo del argumento. Según la caracterización de Hoerster, sólo la tesis de la neutralidad y la tesis del subjetivismo sirven para identificar una verdadera concepción positivista, pues las otras no son más que deformaciones deliberadas y torticeras, o bien posturas extremas que actualmente ya ningún autor positivista sostiene. Asimismo, nos dice el filósofo alemán, ambas tesis son recíprocamente independientes, es decir, que no se incluyen la una a la otra: podrá sostenerse la tesis de la neutralidad sin mantenerse a la vez la del subjetivismo, o viceversa. Creo que el propósito de Hoerster es muy meritorio, pues introduce una claridad analítica y un rigor que muchas veces queda estrangulado por las tenazas de eslóganes y rúbricas demasiado apresurados, que con frecuencia no persiguen la claridad conceptual necesaria, ni se asientan en una verdadera honestidad científica, sino que emborronan el paisaje y simplifican el discurso teórico hasta límites inadmisibles.

Gilles Deleuze hablaba de las “síntesis disyuntivas” para referirse a ese tipo de dicotomías intelectuales que pretenden reducir la diversidad de opciones y matices teóricos que siempre rodean a cualquier problema, a una mera disyunción de posibilidades que se excluyen mutuamente⁵. Pues bien, algo de esto es lo que ocurre en la materia que nos ocupa: se fabrican una se-

³ N. HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 2000, p. 9.

⁴ En la traducción de *En defensa del positivismo jurídico* se habla de “tesis del legalismo”, pero debería hablarse con mayor propiedad de tesis de la obediencia (*Befolgungsthese*).



rie de etiquetas que sirven para caricaturizar al positivismo jurídico y se delimitan sus propuestas en términos lo suficientemente burdos y simplistas como para poder plantear la necesidad de optar entre los postulados de dicha corriente y los postulados, siempre mucho más razonables y acicalados, del crítico que ejercita esta manera de presentar el problema. Frente a ello, como se decía más arriba, el posicionamiento de Hoerster es riguroso y clarificador, pues su ejercicio analítico no implica una cerrazón ni un afán de distorsionar las posturas, sino tan sólo un intento de relativizar las afirmaciones no fundamentadas que sobre el positivismo se han vertido en numerosas ocasiones. Tan sólo se podría criticar, reiterando algo que ya se apuntó anteriormente, que este esfuerzo analítico desvinculado de una aproximación histórica puede resultar también parcial. El positivismo, si bien no tan antiguo como el iusnaturalismo, también es acreedor de una historia y se fundamenta en una forma de ver el mundo que arranca desde el siglo XIX. Pretender abstraer sus propuestas y su sentido como opción teórica, del contexto y los porqués que ampararon su aparición como alternativa al Derecho natural, resta profundidad al planteamiento, simplifica algunas de sus dimensiones y, además, diluye la potencialidad didáctica que tiene la historia para acercarse a los problemas con los que tiene que lidiar la filosofía del Derecho. Si debemos agradecer el rigor conceptual que Hoerster demuestra en este asunto, también es cierto que existen y existieron numerosos tipos de positivismo no susceptibles de adscribir a su manera de entenderlo.

El segundo elemento de este libro, que quizá merezca una consideración detenida, tiene que ver con la noción que el autor alemán nos ofrece del concepto de validez jurídica. Frente a todo precedente doctrinal y también contra toda razonable base lingüística, Hoerster nos ofrece una distinción conceptual entre los vocablos alemanes *Geltung* y *Gültigkeit*, que valen como sinónimos en el lenguaje ordinario y también en el lenguaje de los juristas, y que pueden traducirse como validez o como vigencia. Conviene advertir desde este mismo instante, que con semejante juego lingüístico no se refiere a la distinción que algunos autores como Ferrajoli establecen entre los conceptos de vigencia y validez, pues nos remite a una concepción absolutamente diferente, cuya operatividad teórica no queda demasiado clara. Pero veámoslo algo más despacio.

⁵ Vid. A. BADIOU y S. ŽIŽEK, *Philosophie und Aktualität*, Passagen Verlag, Wien, 2005, pp. 52-56.



La *Gültigkeit* sería, para Hoerster, la validez en el sentido de “derivabilidad” (*Ableitsbarkeit*) de una norma respecto de otra, de manera que podría predicarse la validez de una norma siempre y cuando ésta se derivase correctamente de otra norma superior a ella. El problema de dicha concepción es que no termina de quedar claro si esa derivabilidad tiene que ver con el hecho de que la norma superior establezca los mecanismos y procedimientos de producción de la norma inferior y, por tanto, otorgue una validez contingente a dicha norma inferior, o si lo que tiene lugar es una derivación lógica de la norma inferior respecto de la superior, pues *Ableitsbarkeit* puede significar igualmente “deducibilidad” en términos cognitivos. La propia explicación del concepto que el autor nos brinda, al hablar de una determinación lógica en algunos pasajes, no termina de aclarar la cuestión. Con todo, el problema más grave no es ése, sino la distinción de este concepto respecto del anteriormente señalado, de la validez entendida como *Geltung*. La *Geltung*, siempre según Hoerster, sería el tipo de validez que podemos predicar de la norma constitucional, y viene a identificarse con la aceptación social que dicha norma genera. Al plantearse el problema de la validez en términos similares a los de la pirámide de Kelsen, como “derivabilidad” de unas normas respecto de sus homólogas superiores, termina repitiendo el problema con el que el propio Kelsen se encontró al levantar su teoría. Sólo que, frente al jurista austriaco, Hoerster sí acaba recurriendo a ciertas consideraciones de índole sociológica para explicar el dilema planteado. Es en este sentido en el que nos habla de *Geltung* como una especie de validez social, sin que por ello termine de equiparar dicha postura a la de la regla de reconocimiento y mostrándose explícitamente reacio a identificarlo con el concepto de eficacia.

Así las cosas, la distinción forzada entre dos vocablos que, en principio, son sinónimos exactos, introduce una cierta confusión que no parece explicar nada demasiado nuevo. Así como en el caso anterior, cuando hablábamos del positivismo jurídico, la tarea analítica facilitaba mucho la intelección del problema, en esta ocasión quizá esté fabricando más incógnitas de las que el dilema de por sí solo suscita. Pues si ya Iavolenus dijo que toda definición es peligrosa en el Derecho civil –*omnis definitio in iure civile periculosa est*–, tampoco la filosofía del Derecho debe dejarse seducir por un afán exacerbado de definiciones y categorizaciones carentes de un anclaje y un fundamento suficientemente justificados.



Con ello llegamos ya al final de esta recensión. Sin duda, existen muchas más cuestiones que merecerían un desarrollo y una discusión pormenorizada, pues el libro abarca numerosos temas y expresa muchas tomas de posición no exentas de controversia. Sin embargo, no es objeto de una reseña el abundar en todas ellas. Se han seleccionado estas dos últimas por considerarlas de cierto interés y como muestra de lo que el lector podrá encontrar en el libro. Como balance final, quizá pueda destacarse la orientación positivista de la obra, que es muy digna de atención y que sirve para entender algunos términos del debate que el autor ha protagonizado en suelo germano con el también iusfilósofo Robert Alexy, así como sus polémicas con la teoría jurídica de Ronald Dworkin.

A propósito de todo ello, quizá convenga hacer una última advertencia. Es cierto que el libro tiene una vocación esencialmente didáctica y que como tal parece haber sido confeccionado. Pero el autor tampoco termina de aclararlo con univocidad. Es cierto que en muchos pasajes utiliza un método expositivo claro y ordenado, pero también es verdad, como quizá pueda intuirse a tenor de la recensión, que se embarca en discusiones teóricas que probablemente exceden el marco de una obra divulgativa. Por eso, el ámbito posible de lectores es ciertamente amplio. Todos aquellos estudiantes o neófitos que quieran adquirir un panorama sintético de muchas de las cuestiones con las que trata la filosofía jurídica, podrá encontrar una buena guía en esta obra, si bien en algunos casos el hilo argumental no sea todo lo claro que alguien sin rudimentos podría desear. Por otro lado, el hecho de que en esta obra se plasmen muchas de las ideas que el autor ha sostenido en otros momentos, hacen su lectura atractiva para quien se dedique a la filosofía del Derecho, pues en él podrá encontrar un compendio de su filosofía, aderezado con argumentaciones sólidas y bien trabadas sobre algunos temas inéditos. De esta forma, lo que en origen podría verse como un desequilibrio entre el tono divulgativo y una tendencia incontrolada que a veces salta a lo profesoral, no necesariamente ha de considerarse como un demérito, sino como una invitación generosa y amplia a la lectura. Como un reto, por lo tanto, para distintos y no excluyentes tipos de lector.

LUIS LLOREDO ALIX
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: llorede@inst.uc3m.es